# Betrachtung

des

# Rechtsinstitutes des Verfolgungsrechtes.

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

von der

Hohen juristischen Fakultät

der kgl. bayer. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

vorgelegt von

**Ludwig Popp,**

Rechtspraktikant in München.

**Winter-Semester 1891/92.**

---

**München 1892.**

Druck der Akademischen Buchdruckerei von F. Straub

# Betrachtung

des

# Rechtsinstitutes des Verfolgungsrechtes.

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

von der

Hohen juristischen Fakultät

der kgl. bayer. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

vorgelegt von

**Ludwig Popp,**

Rechtspraktikant in München.

Winter-Semester 1891/92.

---

**München 1892.**

Druck der Akademischen Buchdruckerei von F. Straub.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0117

Schon hat die Gesetzgebung des deutschen Reiches einem grossen Teile der bisher in Deutschland gültigen Rechtsquellen die frühere Geltung entzogen und ein neues Recht an deren Stelle gesetzt; ein grösserer Teil unseres bisherigen Rechtes wird in nicht allzuferner Zeit durch das bereits vorbereitete bürgerliche Gesetzbuch seine Geltung verlieren. Wir sind an einem Wendepunkte unserer Rechtsentwicklung angelangt, an welchem wir im Bewusstsein wertvoller Errungenschaften auf den weiten Weg blicken können, den unser Recht seit den ersten Anfängen des deutschen Volkes bis zur Gründung des deutschen Reiches zurückgelegt. Da drängt sich uns denn die Thatsache auf, dass das deutsche Reich die Jahrhunderte lange Wanderung durch die Geschichte nicht allein, nicht ohne fremden Beistand, ja nicht ohne Führer gemacht.

Nicht bloss das römische Recht hat einen beherrschenden Einfluss auf unser einheimisches Recht ausgeübt; vor wie nach Rezeption des römischen Rechtes ist in allen Gebieten des Rechtslebens, im Privatrechte, wie im öffentlichen Rechte, fremdes Recht teils unmittelbar, teils mittelbar aufgenommen worden und hat in unserer Staats- und Rechtsordnung unvertilgbare Spuren zurückgelassen.

Sogar noch in neuester Zeit hat fremdes Recht unserer Gesetzgebung zum Vorbild gedient; ein Institut unseres Konkursrechtes ist, wie es jetzt in § 36 der Reichskonkurs-Ordnung Ausdruck gefunden hat, vollständig auf französisch-englischen Grundsätzen aufgebaut.

Wie übrigens die geschichtliche Entwicklung jenes Institutes zeigen wird, waren jene Rechte schon von jeher eng mit demselben verknüpft und haben seit den ersten Anfängen desselben auf seine Ausbildung bestimmend eingewirkt.

Teils unter dem Einflusse des französischen droit de suite, des englischen right of stoppage in transitu, teils durch die eigene Triebkraft der Interessen des heimischen Handelsverkehres wurden für den Fall der Insolvenz des Käufers zu Gunsten des noch unbezahlten Verkäufers, der seinerseits mit der Erfüllung bereits begonnen hatte, die Grundsätze sowohl des gemeinen Rechtes als der modernen Gesetzbücher über die Erfüllung der Kaufgeschäfte in mannigfacher Weise durchbrochen. Man hat die so entstandenen Rechtsinstitute, die in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten, wenn auch von gleicher Tendenz diktirt, doch im Einzelnen oft eine sehr verschiedene juristische Struktur aufwiesen, unter dem gemeinsamen Namen des „Verfolgungsrechtes" zusammengefasst.

Nach gemeinem Rechte geht das Eigentum der verkauften Ware nur über, wenn dieselbe wirklich tradiert und der Kaufpreis entweder bezahlt oder kreditiert oder in anderer Weise sicher gestellt worden ist:

l. 19. Dig. de contrahenda emtione (18. 1).

> Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.

l. 5. § 18. D. de trib. act. (14. 4).

> Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enim vero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto

vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit, vindicare me posse.

l. 53. D. de contr. emptione (18. 1).

Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit an eo nomine, fideiussor datus sit.

Der Verkäufer darf zur Sicherstellung des nichtkreditierten Kaufpreises die tradierte Ware sowohl vom Käufer, wie von jedem Dritten, wenngleich redlichen Besitzer derselben vindizieren und bis zur Zahlung retinieren.

l. 1. § 2. Dig. de exc. rei vend. (21. 3).

Sie quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur.

War jedoch der Kaufpreis kreditiert, so hat er zwar bis zur Tradition den gleichen Anspruch gegen jeden Besitzer, dagegen steht ihm nach erfolgter Tradition weder ein dinglicher Anspruch gegen irgend jemand, noch auch nur ein Separationsanspruch hinsichtlich des noch ausstehenden Kaufpreises der von seinem Käufer weiter veräusserten Ware zu, und zwar selbst dann nicht, wenn er durch betrügerische Vorspiegelungen zur Tradition der Ware veranlasst worden war. — Diese Bestimmungen waren natürlich für den unbezahlten Verkäufer von besonderer Bedeutung im Falle des Konkurses des Käufers, da er ja dann immer wieder zu seinem Eigentum gelangen konnte; selbstverständlich durfte er nicht kredidiert haben. Bei noch wenig entwickeltem Handelsverkehre musste die Geltung dieser gemeinrechtlichen Sätze dem Verkäufer in sehr vielen Fällen zur Wiedererlangung seiner Ware verhelfen. Eine Präsumption dafür, dass die Weggabe der Ware ohne vorausgegangene Bezahlung eine Kreditierung des Kaufpreises involviere, versteht sich bei einfachen Verkehrsverhältnissen keineswegs von selbst.

Ist der Warenumsatz langsam und schwerfällig, so bleibt die verkaufte Ware länger in erster Hand, das Bedürfnis, den Käufer durch Kreditierung des Kaufpreises auch sofort zum Eigentümer der Ware zu machen, ist weniger dringend. Anders musste sich dies gestalten mit der Steigerung des Verkehres an Ausdehnung und Beweglichkeit. Der vorgeschrittene Handel sieht den eigentlichen Wert der Ware in ihrer unbeschränkten Umsatzfähigkeit, und es führte diese Anschauung von selbst zu der Gewohnheit des Kreditierens, zur Aufstellung usancemässiger Zahlungsfristen und zur Benutzung eigentümlicher Zahlungsmittel, welche ihrer Natur nach mit einer Befristung der Zahlung verbunden sind. Eine natürliche Folge solcher Verkehrsentwicklung aber ist es, dass der Kreditkauf zur Regel wird und dass sich die Präsumption bildet, der Verkäufer, der die unbezahlte Ware aus der Hand gibt, habe auf Kredit gegeben, wenn nicht aus den Umständen oder aus besonderer Beredung etwas anderes folgt. Dadurch aber musste die Möglichkeit, die Ware von dem insolventen Käufer auf Grund des bei dem Verkäufer verbliebenen Eigentumes wieder zu erlangen, bedeutend reduziert werden. Diese Möglichkeit musste sich auf ein Minimum von Fällen einschränken, als, vorzüglich durch das Bedürfnis des Handelsverkehres angeregt, die Theorie des gemeinen Rechtes, dass nur durch Tradition die Ware selbst als Eigentum von dem Käufer erworben werde, in mehrfacher Weise durchbrochen wurde.

So hatte man in manchen Partikularrechten die Lehre von den Dispositionspapieren rezipiert und deren Uebertragung dieselbe rechtliche Wirkung zuerkannt, wie der Tradition der Waren selbst; nach andern fand mit der blossen Perfektion des Vertrages, sobald und insofern die Sache gehörig spezialisiert, schon der Eigentumsübergang statt; endlich gehören hieher auch solche partikularrechtliche Bestimmungen, welche die Tradition in anderer Hinsicht er-

leichtern, indem sie dieselbe durch die Uebergabe der Ware an gewisse Mittelspersonen als geschehen annehmen, wo sie nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen von dem Besitzerwerb ohne Weiteres als geschehen nicht anzunehmen wäre.

Es ist klar, dass mit der Entwicklung der Lehre von den Dispositionspapieren und da, wo diese partikularrechtlichen Sätze in Geltung kamen, die Möglichkeit, eine verkaufte Ware auf Grund des zurückgebliebenen Eigentumes zurückzuerlangen, für den Verkäufer in den meisten Fällen cessiren musste. In sehr vielen Fällen ist entweder auf Kredit verkauft und eine Vindikation nach gemeinrechtlichen Bestimmungen unmöglich, oder aber es erscheint nach der Lehre von den Dispositionspapieren die Ware selbst als durch die Uebergabe des Papieres tradiert; wo dagegen jene andern partikularrechtlichen Bestimmungen gelten, wird in vielen Fällen die Vindikation ausgeschlossen sein, weil die partikularrechtlichen Voraussetzungen des Eigentumsüberganges, die Perfektion des Vertrages und Spezialisierung der Sache bezw. die Uebergabe an die Mittelsperson vorliegen.

Diesen Erleichterungen des Eigentumsüberganges gegenüber, wonach sich im Falle der Insolvenz des Käufers der Verkäufer nur selten noch mit der Eigentumsklage helfen konnte, musste sich das Bedürfnis nach einem Gegengewichte mit vermehrter Stärke geltend machen. Die Voraussetzung des Kaufgeschäftes, „dass der Käufer den Preis bezahle", forderte, wenn sie durch die Eigentumsklage nicht gewahrt werden konnte, die Einführung besonderer Rechtsvorschriften, welche den Verkäufer in den Stand setzten, auch die aus seinem Eigentume verlorene Ware wieder zu erlangen. In der That hat denn auch dieses dringende Bedürfnis partikularrechtlich zu der Schöpfung neuer Rechtssätze geführt, welche demselben in verschiedener Richtung und mit verschiedener Energie abzuhelfen suchen. Am frühesten finden sich die Anfänge dazu da, wo schon frühzeitig die Bedürfnisse

des gesteigerten Verkehres zur Verlassung der römisch-rechtlichen Theorie von dem Eigentumserwerb durch wirkliche Tradition geführt haben und den Baarkauf als die Ausnahme von der Regel erscheinen lassen; am meisten entwickelt sind sie in den Rechten derjenigen handeltreibenden Staaten, welche an Beweglichkeit und Ausdehnung des Verkehrs die höchste Stufe einnehmen.

Die Richtung dieser neugeschaffenen Rechtssätze ist eine doppelte, entsprechend dem Bedürfnisse, aus welchem sie hervorgegangen sind, einmal soll durch sie der Verkäufer dem insolventen Käufer gegenüber geschützt werden, gegen die Folgen der Kreditierung des Kaufpreises; zweitens soll ihm dadurch ein Schutz gewährt werden gegen die Folgen der Tradition der Ware bezw. eines der Tradition gleichkommenden Aktes. Aus dem Statutarrecht italienischer, französischer und niederländischer Städte war der Satz in die deutschen Partikularrechte übergegangen, dass dem unbezahlten Verkäufer, ohne Rücksicht darauf, ob der Kaufpreis kreditiert war oder nicht, gegen den insolventen Käufer ein Separationsrecht an der Ware oder deren Aequivalent zustehen solle. Dieses Separationsrecht bildet nun die Grundlage für das Verfolgungsrecht, welches in einer strengeren und einer milderen Form, oder auch wohl gleichzeitig in beiden vorkommt. Die strengere und ältere Form, welche sich sowohl bei Platz- wie bei Distanzkäufen findet, besteht in dem Recht, die Restitution der vor Ausbruch des Konkurses an den Käufer bereits ausgelieferten Ware zu verlangen: droit de suite.

Voraussetzungen sind hiebei, dass

1. die Ware „kurze Zeit“ vor der Konkurseröffnung in den Besitz des Käufers gelangt ist;
2. die Ware sich noch unverändert im Besitze des Gemeinschuldners, wenn auch in fremdem Gewahrsam befindet. Nach allen Partrechten aber wird das Ver-

folgungsrecht gegen redliche Dritterwerber ausgeschlossen;

3. diese gegen bare Zahlung verkauft ist;
4. der Kaufpreis noch nicht vollständig berichtigt ist.

Was nun die Wirkungen betrifft, so darf der Verkäufer die Ware zurückfordern, sofern nicht die Gläubigerschaft den rückständigen Preis zahlt; an Stelle der bereits verkauften Ware den noch ausstehenden oder gar den bereits gezahlten, aber noch in der Masse befindlichen Kaufpreis, soweit zu seiner Befriedigung erforderlich, vorweg beanspruchen.

Die mildere Form, welche sich nur bei Distanzkäufen findet, besteht in dem Rechte, die Auslieferung der bei Eintritt des Insolvenzfalles noch unterwegs befindlichen Ware zu verhindern: right of stoppage in transitu. Die Ausbildung dieser milderen Form gehört dem englischen Gewohnheitsrechte an und steht in enger Verbindung mit der Anerkennung dinglicher Wirkungen der Konnossementsübertragung.

Zur Ausübung des Rechtes müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

Die Ware muss sich bei Eintritt des Insolvenzfalles noch unterwegs oder doch noch in der Hand der nur mit dem Transport betrauten Zwischenpersonen befinden, wenngleich sie bereits mittels Konnossements oder nach dem Gesetz (z. B. durch Vertrag oder durch Absendung) in das Eigentum und selbst den juristischen Besitz des Käufers übergegangen sein sollte — nur ein anderweitiger Besitzergreifungsakt des Käufers, durch welchen der Transport auch nur momentan beendigt wird, darf nicht stattgefunden haben.

Es darf vor Eintritt des Insolvenzfalles kein Dritter redlicherweise mittels Konossements den Besitz der Ware als Eigentümer oder Pfandgläubiger erworben haben.

Der Kaufpreis darf noch nicht vollständig berichtigt sein; es macht keinen Unterschied, ob gegen bar oder auf Kredit verkauft ist.

In diesen Fällen darf der Verkäufer

die Auslieferung der Ware inhibiren, sofern nicht die Gläubigerschaft den rückständigen Preis bezahlt; eine zu seinem Nachteil widerrechtlich geschehene Auslieferung darf er rückgängig machen;

an Stelle der verkauften Ware den noch ausstehenden Kaufpreis, soweit zu seiner Befriedigung erforderlich, vorweg beanspruchen;

redliche Dritterwerber, welche nur ein Pfandrecht beanspruchen können, abfinden.

Wo die gemeinrechtliche Theorie des Eigentumserwerbes gilt, enthalten diese beiden Sätze teils nur eine Anerkennung der gemeinrechtlich statthaften rei vindicatio bezw. actio Publiciana: sofern nämlich entweder die wirkliche Tradition noch nicht geschehen, oder der Kaufpreis nicht kreditiert war; teils tragen sie den Charakter einer in dieser Anwendung dem gemeinen Recht fremden actio Publiciana rescissoria: sofern nämlich die wirkliche Tradition bereits geschehen und zugleich der Kaufpreis kreditiert war. Wo dagegen die gemeinrechtliche Theorie des Eigentumserwerbes verlassen ist, indem die Tradition oder doch die Tradition an den Käufer selbst bezw. an dessen für den Besitzerwerb bestimmten Vertreter und die Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises nicht Voraussetzungen des Eigentumsüberganges sind, da erscheinen diese Sätze als Ausnahmen, ihr Inhalt als eine singuläre Abschwächung des Eigentumsrechtes: die Klage ist hier überall eine actio Publiciana rescissoria.

Es mag noch darauf hingewiesen werden, dass man theoretisch die Statthaftigkeit des Verfolgungsrechtes als wahrer rei vindicatio auf den unrichtigen Satz zu stützen suchte:

l. 10. C. de resc. vend. (4. 44).

> Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum non adversus eum in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

dass dolus den Eigentumsübergang hindere und zur Rescission des Eigentumsüberganges auch in dritter Hand berechtige, da sich an den Erwerb kurze Zeit vor Eintritt der Insolvenz die Präsumption des dolus knüpfe. Oder man supponierte ein stillschweigendes pactum reservati dominii oder reservatae hypothecae.

Ein Punkt wäre noch zu erwähnen, der auch für unser heutiges Recht interessant ist; nach den Bestimmungen sämtlicher Partikularrechte ist der dem Verkäufer gewährte Rechtsschutz beschränkt geblieben auf das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und Käufer; er ist dem Verkäufer versagt gegen redliche Dritte, welche vor der Konkurseröffnung durch Kauf, Pfandbestellung ein dingliches Recht auf die Ware oder an dem dieselbe repräsentierenden Legitimationspapiere erlangt haben.

Keine dieser beiden Formen des Verfolgungsrechtes, auch nicht die jüngere und mildere, welche allmählich unter dem Einflusse des englischen und nachgebildeten neuesten französischen Rechtes die strengere Form zu verdrängen beginnt, ist gemeines Handelsrecht, vielmehr beruhen beide auf Gesichtspunkten und Voraussetzungen, welche dem gemeinen Rechte fremd sind oder sogar widerstreiten, und sie sind auch in denjenigen Ländern, wo ein anderes als das gemeinrechtliche System des Eigentumsüberganges gilt, durchaus singuläres Recht.

Inwieweit das englische right of stoppage in transitu und das französische droit de suite auf die Entwicklung des

Verfolgungsrechtes von Einfluss gewesen, wird eine nähere Betrachtung jener Institute zeigen.

Das englische Recht hat frühzeitig schon die gemeinrechtliche Theorie vom Eigentumserwerb an Mobilien verlassen, in der doppelten Richtung, dass nach ihm schon mit Abschluss des Handels und Spezialisierung der Sache, und bei Gütern, welche zur See verschickt werden, mit Ueberlieferung des Konnossements an die in demselben genannte Person das Eigentum übergehen soll. Gegen die Inkonvenienzien dieser Sätze im Falle der Insolvenz des Käufers trat zunächst in entschiedener Weise die Praxis der Gerichte auf, durch welche sich allmälich unter dem Namen des right of stoppage in transitu ein höchst entwickeltes Institut des englischen Civilrechtes heranbildete.

Vermöge jenes Rechtes stand dem unbezahlten Verkäufer und Einkaufskommissionär die Befugnis zu, die bereits abgesendete oder wohl gar schon überlieferte Ware zurückzufordern, so lange sie noch auf dem Transport befindlich, oder doch nicht in den Besitz des Käufers selber oder eines Agenten, der sie zu dessen Verfügung hält, gelangt ist.

Das Hauptmoment liegt in dem „in transitu". Die Ware darf noch nicht in den Besitz des Käufers oder seines Vertreters gelangt sein. Das Recht zur stoppage ist daher von vornherein nicht möglich, wenn die Ware schon vor der Versendung dem Käufer überliefert und die Versendung als von dem Verkäufer in der Eigenschaft eines Agenten des Käufers geschehen anzusehen ist.

Das Recht zur stoppage cessiert jedem Dritten gegenüber, welcher an der übersendeten Ware dingliche Rechte gültig erworben hat, speziell cessiert es demjenigen gegenüber, welcher ohne Kenntnis von der Insolvenz des Käufers und der Nichtbezahlung des Kaufpreises gegen entsprechende Gegenleistung das auf die Ware bezügliche Konnossement durch Indossament erworben hat.

Was die Wirkung jenes Rechtes betrifft, so annulliert die Ausübung desselben keineswegs den Kaufkontrakt; der Verkäufer wird durch dieselbe einfach in die Stellung gesetzt, welche er eingenommen haben würde, wenn er die Ware nicht aus den Händen gegeben hätte, und sie berechtigt ihn nur, die Ware zu behalten bis Zahlung dafür geleistet.

Was das französische Recht betrifft, so geht nach demselben, abweichend sowohl von römischen als germanischen Grundsätzen, schon mit der Perfektion des Vertrages, sofern und sobald nur die Sache spezialisiert ist, Eigentum über. Im Widerspruche mit diesem Systeme findet sich indes schon im altfranzösischen Gewohnheitsrechte ein Rückforderungsrecht, welches den Verkäufer befugt, die verkaufte Ware bei nicht kreditiertem Kaufpreise, nicht nur aus der Hand des insolventen Käufers, sondern auch aus der eines jeden dritten Erwerbers zu reklamieren. Wo dagegen der Kaufpreis kreditiert, gestattet es nur die Rückforderung aus der Hand des Käufers.

Der Code civil (Art. 2102 Ziff. 4) liess das droit de suite nur mehr zu, sofern gegen bar verkauft worden ist. Ausserdem hat der unbezahlte Verkäufer sein Recht innerhalb 8 Tagen nach der Uebergabe der Ware geltend zu machen und muss dieselbe noch wesentlich unverändert im Besitze des Käufers vorhanden sein. Eine Beschränkung auf den Fall der Insolvenz des Käufers findet bei diesem Rechte nicht statt. Bei Abfassung des Code de commerce wurde jene Bestimmung überhaupt aufgegeben und nach dem Vorgange des right of stoppage in transitu durch Art. 577 bis 580, die bei der Neuredaktion von 1838 in den einzigen § 576 zusammengefasst wurden.

> Pourront être revendiquées les marchandises expediées au failli tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins, ou dans ceux

du commissionaire, chargé de les vendre pour le compte du failli.

Néanmoins la revendication ne sera pas recevable, si, avant leur arrivée les marchandises ont été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture par l'expediteur. Le revendiquant sera tenu de rembourser à la masse les à compte par lui reçus, ainsi que toutes avances faites pour fret ou voiture, commission, assurances, ou autres frais et de payer les sommes, qui seraient dues pour mêmes causes.

im Konkurse des Käufers nur noch eine Reklamation der auf dem Transport befindlichen unbezahlten Waren gestattet. Solange dieselben nicht in das Warenlager des Falliten oder eines von ihm zum Verkaufe beauftragten Kommissionärs gelangt sind oder nicht von dem Falliten vor ihrer Ankunft auf Faktura, Konossement oder Frachtbrief verkauft worden sind, ist der Verkäufer befugt, sie zurückzufordern.

Das in dieser Weise umgeänderte droit de suite nun wurde in fast gleicher Fassung in die preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 aufgenommen und ist, da ja letztere besonders bezüglich des Verfolgungsrechtes unserer Konkursgesetzgebung zum Vorbild gedient, auch für unser Recht von Bedeutung geworden.

Das preussische Landrecht setzt in Teil I Tit. 11 § 128 und 129 fest, dass bei Geschäften unter Abwesenden die Tradition beweglicher Sachen auch dadurch vollzogen werden könne, dass dieselben dem von dem Käufer oder Besteller aufgegebenen oder der Auswahl des Absenders überlassenen Schiffer oder Fuhrmann übergeben werden.

Wohl hatte schon die Allgemeine Gerichtsordnung Teil I Tit. 50 § 305 ff., um den unbezahlten Verkäufer gegen die Folgen dieses Satzes zu schützen, bestimmt, dass derselbe die nach eröffnetem Konkurse angekommenen Waren schlechterdings, die vorher angekommenen aber dann zurückfordern

dürfe, wenn sie innerhalb der letzten 3 Tage vor eröffnetem Konkurse oder doch zu einer Zeit angelangt sind, wo der Gemeinschuldner sich schon für zahlungsfähig erklärt hatte.

Bei der Abfassung des Gesetzes von 1855 hat man jedoch diese Bestimmungen fallen lassen und sich wie erwähnt dem französischen Rechte angeschlossen. Bestimmend, um von den Grundsätzen der Allgemeinen Gerichtsordnung abzugehen, war, dass man eine Sicherung statt durch die dort vorgeschriebenen willkürlichen Fristen einfacher und bestimmter, auch mehr in Uebereinstimmung mit den im Handelsverkehre herrschenden Ansichten erreichen konnte, wenn der Zeitpunkt der Konkurseröffnung als der entscheidende festgesetzt wird, dergestalt, dass die Waren, welche bereits vorher in dem Lager des Gemeinschuldners oder eines Dritten von demselben zum Empfange bezeichneten Adressaten angekommen und abgeliefert sind, stets zur Konkursmasse gehören; die in dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung noch nicht abgelieferten Waren dagegen der Rückforderung unterliegen, wenn sie auch bereits für Rechnung und Gefahr des Gemeinschuldners abgesendet sind.

Was nun die beiden §§ 26 und 27 der preussischen Konkurs-Ordnung, welche hiebei in Betracht kommen, betrifft, lauten dieselben dahin:

> Wer Waren an den Gemeinschuldner verkauft und abgesendet hat, kann dieselben zurückfordern, wenn sie nicht schon vor der Konkurseröffnung in das Warenlager oder in einen anderen Aufbewahrungsort des Gemeinschuldners oder eines Dritten abgeliefert sind, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Gemeinschuldners zu halten.
>
> Das Recht der Rückforderung der an den Gemeinschuldner verkauften Ware ist ausgeschlossen:
>
> wenn der Kaufpreis vor der Konkurseröffnung bereits vollständig berichtig ist;

wenn die Gläubigerschaft in das Kaufgeschäft eintritt und die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners aus demselben erfüllt;

wenn die Waren vor der Konkurseröffnung durch einen Dritten in gutem Glauben auf Grund des Konnossements oder des Frachtbriefes gekauft worden sind. Hat ein Dritter vor der Konkurseröffnung ein Pfandrecht an den Waren erworben, so findet die Rückforderung nur gegen Bezahlung der Pfandschuld statt.

Auch hier wird das Rückforderungsrecht gegenüber dem gutgläubigen Dritten ausgeschlossen, weil nach den Motiven sonst die Möglichkeit, Waren, die sich unterwegs befinden, zu kaufen und zu verkaufen und dies mit Sicherheit zu thun (ohne diese Bestimmung) wegfallen müsste, was dem Handelsverkehre empfindlichen Nachteil bereiten würde. Man kann auch nicht sagen, dass der Versender der Waren durch diese Bestimmung einen nicht zu rechtfertigenden Nachteil erlitte, denn man kann von ihm, wenn er demjenigen, welchem er die Waren übersendet, nicht vollständig traut, wohl verlangen, dass er die Papiere, deren Besitz zum Verkauf legitimieren kann, nicht aus den Händen gibt.

Wenn das Verfolgungsrecht, ungeachtet der Begünstigung, die dadurch dem Verkäufer statuiert wird, in der Reichskonkursordnung Anerkennung gefunden hat, so wird dies nach den Motiven damit gerechtfertigt, dass fast alle Rechtsgebiete Deutschlands, in denen nicht schon die Vindikation nach allgemeinen Prinzipien oder infolge Sonderbestimmung statthaft ist, dieses Institut als bestehendes Recht hatten, so dass also nicht die Einführung eines neuen und fremden, sondern die Beibehaltung geltenden Rechtes in Frage steht.

Weiter wurde die ausnahmsweise aus der Natur des in Rede stehenden Geschäftes entspringende Lage des aus-

wärtigen Verkäufers hervorgehoben. Bei Distanzgeschäften ist der Verkäufer in der Regel genötigt, die Waren aus der Hand zu geben, und kann erst dann Zahlung verlangen, wenn der Käufer die Waren empfangen und angenommen hat. Es liegt also nicht eine auf seinem freien Willen beruhende Stundung des Kaufpreises vor; vielmehr hat diese in dem Zwange der Verhältnisse ihren Grund. Da der Handel zwischen entfernten Orten unmöglich gemacht würde, wenn man den Verkehr auch bei derartigen Geschäften auf die sofortige Zahlung verweisen wollte, musste deshalb dem Verkäufer für den Fall des Konkurses des Käufers die Befugnis eingeräumt werden, die Waren, welche sich noch unterwegs befinden, zurückzufordern.

Der § 36 Reichs-Konkursordnung bestimmt in dieser Beziehung:

> „Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem andern Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn gelangt sind.
>
> Die Bestimmungen des § 15 finden Anwendung".

Nach dem Vorgange des englischen Rechtes wurde die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes neben dem Verkäufer auch dem Einkaufskommissionär zugestanden, wie die Motive sagen, wegen der Häufigkeit solcher Einkaufskommissionen. Und unbedenklich wird man annehmen dürfen, da es sich bei Anwendung des § 36 ausschliesslich um Distanzgeschäfte handelt, dass der bei weitem grössere Teil der im Handel vorkommenden Distanzgeschäfte durch die Erteilung von Einkaufskommissionen veranlasst wird, während

Kaufgeschäfte unter entfernt von einander wohnenden Kontrahenten in erheblich geringerer Zahl geschlossen werden. Dieser Umstand ergibt sich aus der Natur der Sache. Der Abschluss von Kaufgeschäften mit Personen, welche an entfernten Orten ihren Handel betreiben, setzt entweder eine besondere Verbindung der Käufer mit diesem oder die Anwesenheit von Agenten im Wohnorte der ersteren voraus; Vorkommnisse, welche zwar keineswegs selten, aber doch verhältnismässig nicht so häufig sind, dass nicht der einfache Weg der Warenbestellung durch Beauftragung eines Einkaufskommissionärs in der Mehrzahl der Fälle benützt werden sollte.

Ein weiterer Grund, die Gleichstellung des Einkaufskommissionärs mit dem Verkäufer im Gesetze auszusprechen, lag darin, dass nach Art. 376 des Handelsgesetzbuches der Einkaufskommissionär, welcher nicht ausdrücklich als Selbstverkäufer auftritt oder in Anspruch genommen wird, nicht „Verkäufer" ist, und der Dritte, nicht benannte Verkäufer desselben nach Art. 360, 2 D. HGB. keine Rechte gegen den Kommittenten erlangt — bei strenger Auslegung sonach keiner von beiden das Rückforderungsrecht würde ausüben können.

War der Gemeinschuldner Verkaufskommissionär und gemäss Art. 376 HGB. als Selbstkontrahent zu betrachten, so steht dem Kommittenten das Rückforderungsrecht wie einem Verkäufer zu. Hatte dagegen zur Zeit der Konkurseröffnung Realisierung des Auftrages weder durch Verkauf noch durch Selbstkauf seitens des Gemeinschuldners stattgefunden, so führt in diesem Falle entweder der Verwalter den Auftrag aus, dann haftet ja die Masse als solche oder aber der Kommittent widerruft rechtzeitig seinen Auftrag und vindiziert dann wie jeder andere Eigentümer seine Sache. Was aber den noch ausstehenden Kaufpreis betrifft, so ist dessen Aussonderung nach Art. 268, 2 HGB. — wonach

solche Forderungen auch den Gläubigern des Kommissionärs gegenüber als Forderung des Kommittenten gelten — unbestreitbar.

Die Vorschrift des § 36 RKO. soll nach den Motiven auf jegliche Ware, auf jede einem Handelskauf und der Versendung unterworfene Sache Anwendung finden.

Ware ist nach dem heutigen Sprachgebrauche nicht jede als Objekt des Kaufes dienende Sache; im Gegenteile: keine Sache ist an sich Ware, sie wird es erst dann, wenn sie nicht bloss um ihres Gebrauchswertes willen, sondern wenn sie wegen ihres Tauschwertes Gegenstand des Umsatzes ist.

Demnach wird eine Sache „Ware", wenn sie einen Gegenstand des kaufmännischen Verkehres bildet, insofern sie Objekt des eigentlichen Handels ist. Insbesondere ist nicht (wie in § 16 RKO.) die Anwendung auf marktgängige oder kursmässige Waaren eingeschränkt, wenn gleich auch hier ein nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilendes Kaufgeschäft vorliegen muss.

Es werden ferner nur körperliche Sachen unter Waren verstanden; Forderungen zählen nicht hieher. Insoweit indessen die Forderung an den Besitz eines Papieres geknüpft ist, findet § 36 RKO. allerdings auf sie Anwendung; Wechsel, Wertpapiere, Aktien kommen hauptsächlich in Frage.

Es kommt, um § 36 der RKO. anwenden zu können, nicht darauf an, ob ein Handelsgeschäft in Frage steht; es dürfte zwar meistens, wenn § 36 RKO. angerufen wird, ein solches vorliegen und entweder der Verkäufer oder der Käufer Kaufmann im Sinne des HGB. sein, notwendig ist dies aber keineswegs. Ja sogar, wenn keiner der Vertragschliessenden Kaufmann ist, wird l. c. Anwendung zu finden haben, falls nur das Objekt des Kaufes sich als „Ware" darstellt.

Das Rückforderungsrecht findet nicht Anwendung auf Platzgeschäfte, wenn der Verkäufer an Ort und Stelle dem Käufer oder dessen Stellvertreter die Ware übergibt, mag

dieser auch die Versendung beabsichtigen oder ausführen. § 36 RKO. setzt ein Distanzgeschäft voraus in der Weise, dass die Ware nach dem Inhalte des Kaufgeschäftes dem Käufer von einem andern Orte übersendet werden sollte. aber auch auf diesen Fall ohne Unterschied, ob der Wohn- oder Geschäftsort des Verkäufers oder der Ort, an dem die Sache sich befand, oder der Ort, wohin der Transport geschieht, für die Verbindlichkeit des Käufers als Ort der Erfüllung gilt — ohne Unterschied, ob der Verkäufer zufolge eigener Verpflichtung oder zufolge ausdrücklichen, stillschweigenden oder gesetzlichen Auftrages des Käufers die Sache dem Spediteur, Frachtführer, Schiffer oder der den Transport sonst bewirkenden Person übergeben hat — ohne Unterschied, ob der Transport auf Gefahr oder auf Kosten des Verkäufers oder Käufers erfolgt, Art. 324, 342, 344, 345 HGB — und ohne Unterschied, ob der Verkäufer des Gemeinschuldners selbst die Ware abgesandt hat, oder ein Rechtsvorgänger, ein Verkäufer des Ersteren. In diesem Falle steht natürlich nicht dem Rechtsvorgänger, sondern nur dem unmittelbaren Verkäufer das Rückforderungsrecht zu.

Selbstverständlich greift das Aussonderungsrecht nicht minder Platz, wenn der Verkäufer oder Einkaufskommissionär die Waren nicht abgesendet, sondern noch in Händen hat.

Ist jedoch infolge Auftrages des Käufers an einen Dritten, der nicht blosser Stellvertreter oder Bevollmächtigter des Käufers ist, sondern Käufer des Käufers sein muss, die Ware abgegangen, so kann, wenn der Käufer in Konkurs kommt, die Aussonderung nicht geltend gemacht werden.

Das Rückforderungsrecht wird nur dann gewährt, wenn eine Bezahlung der in Frage stehenden Waren noch nicht erfolgt ist. Nicht kommt es darauf an, ob ein grösserer oder geringerer Teil des Kaufpreises rückständig ist; ebenso ist es gleichgiltig, aus welchen Gründen die Zahlung noch nicht erfolgt ist. Auch macht das Gesetz keinen Unter-

schied, ob auf baar oder auf Kredit verkauft worden. Das Rückforderungsrecht ist nicht wegen Säumens des Käufers, sondern einfach wegen Unbezahltsein des Kaufpreises gegeben. Ein kreditierter Kaufpreis bleibt aber immer ein „nichtbezahlter".

Wurden dem Verkäufer Wechsel gegeben, so kommt es darauf an, ob die Hingabe an „Zahlungstatt" oder „zahlungshalber" erfolgte, d. h. ob die Wechsel als Zahlung angenommen wurden, was im Zweifel nicht zu vermuten ist, — sofern aber der Wechsel ausnahmsweise ausdrücklich an Zahlungsstatt angenommen worden wäre, würde die Anwendbarkeit des § 36 RKO. nach einem Erkenntnis des Stuttgarter Obertribunals (Seufferts Archiv Bd. 21 S. 198) allerdings ausgeschlossen sein — oder ob die Forderung erst durch Eingang des Wechsels getilgt werden sollte. Im letzteren Falle kann der Gläubiger das Rückforderungsrecht ausüben, wenn die Wechsel nicht eingingen, er also in Wirklichkeit eine Zahlung nicht erhalten hat.

Stand der Gemeinschuldner mit dem Absender in Kontokorrent und ist die Forderung des letzteren als getilgt anzusehen, weil der Belastung des Gemeinschuldners mit der Kaufpreisforderung gleich grosse Belastungen des Absenders gegenüber stehen, sich also kein Saldo zu dessen Gunsten ergibt, so kann ein Rückforderungsrecht nicht geltend gemacht werden.

Wurden mehrere Sachen verkauft und nacheinander in verschiedenen Lieferungen versendet, so können, falls ein einheitliches Kaufgeschäft vorliegt und zur Zeit der Konkurseröffnung ein Teil der Waren noch unterwegs ist, diese Waren auch dann samt und sonders zurückgefordert werden, wenn der Kaufpreis nur noch für einen Teil dieser Waren geschuldet wird. Die auszusondernden Waren sind dann noch nicht vollständig bezahlt. Sind die einzelnen Lieferungen auf Grund besonderer Verträge erfolgt, so ist die

Frage, ob die auszusondernde Ware bezahlt ist, für jede Lieferung besonders zu beurteilen.

Ist der Kaufpreis bezahlt, so hat der Verkäufer aus dem Geschäfte selbst keinen Grund mehr und daher kein Recht, die Waren zurückzuhalten. Andere Forderungen, die der Käufer etwa unberichtigt gelassen hat, geben dem Verkäufer die Befugnis des § 36 RKO. nicht.

Um bei dem Einkaufskommissionär, der nach Art. 376, 2 HGB. als Selbstverkäufer berechtigt ist, den Börsen- oder Marktpreis nebst der gewöhnlichen Provision, sowie seine Unkosten zu verrechnen, das Rückforderungsrecht auszuschliessen, ist notwendig, dass dies Alles bezahlt ist.

War der Einkaufskommissionär nicht Selbstverkäufer, so muss nicht bloss der an den dritten Kontrahenten von ihm gezahlte oder etwa noch geschuldete Preis, sondern ebenso auch Provision und Unkosten berichtigt sein. Die Zahlung des Kaufpreises von Seiten des Gemeinschuldners an den dritten Kontrahenten schliesst also das Rückforderungsrecht für den Einkaufskommissionär begrifflich nicht aus. Hat der Verkäufer den Kommittenten an Stelle des Einkaufskommissionärs als Schuldner angenommmen, und diesen letzteren aus seiner Haftung entlassen, so steht diesem, der dann überhaupt nicht mehr als Einkaufskommissionär in Betracht kommt, jedenfalls eine Forderung gegen den Gemeinschuldner nicht hat, ein Aussonderungsrecht nicht zu.

Das Gesetz bestimmt zwei Momente, mit deren Zusammentreffen nicht mehr ausgesondert werden kann.

Die Ware muss vor der Eröffnung des Verfahrens — als der hier gemeinte Zeitpunkt erscheint der Moment des Beschlusses auf Eröffnung des Konkurses — am Ablieferungsorte angekommen, sie muss aber ausserdem noch in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn gelangt sein.

Das erste Moment erscheint nicht leicht als zweifelhaft;

Ort der Ablieferung ist stets der vertragsmässige für die Ablieferung bestimmte (nicht jedesmal mit dem Vertragserfüllungsort identische) RG. 30. Mai 1885 Seufferts Arch. Bd. 41 S. 246, und zwar entsprechend den Art. 324, 325 HGB., die geographische, zur Ablieferung bestimmte Ortschaft, nicht diejenige Lokalität innerhalb dieses Ortes, in welche der Gemeinschuldner derartige Sendungen aufzunehmen beabsichtigt. Die Bestimmung des Ablieferungsortes kann auch einer späteren Vereinbarung vorbehalten werden. Ist dies geschehen und ist die vorbehaltene Bestimmung zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfolgt, so muss als Ablieferungsort ebenso wie in den Fällen, in welchen es an jeder Uebereinkunft bezüglich desselben fehlt, der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmende Erfüllungsort gelten. Wird während des Transportes die Bestimmung über den Ablieferungsort geändert und die Strecke, auf welcher die Ware befördert werden soll, abgekürzt, so gilt derjenige Ort als Ablieferungsort, an welchem die Ware verbleiben bezw. dem Käufer oder einem Vertreter desselben übergeben werden soll. Das Rückforderungsrecht ist dann von dem Augenblicke an ausgeschlossen, in welchem die Ware an diesem Orte in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern denselben vertretenden Person gelangt ist.

ROHG. vom 19. Jan. 1877 Entsch. Bd. 22 S. 70.

Hat der Gemeinschuldner oder ein Vertreter desselben angeordnet, dass die Waren an einem andern Orte als dem Ablieferungsorte einstweilen auf Lager genommen und erst später weiterbefördert werden sollen, so ist das Aussonderungsrecht nicht verloren, denn die Waren sind dann noch nicht am „Ablieferungsorte“ angekommen.

Das zweite Moment ist „das Gelangen in den Gewahrsam“. Wie die Motive erklären, hat man absichtlich das juristisch-technische Wort Gewahrsam gewählt, und ist der Ausdruck in derjenigen Bedeutung gebraucht, welche

als die im Deutschen allgemein übliche erscheint, als Bezeichnung der thatsächlichen Innehabung. Entscheidend ist daher nur der Zeitpunkt, in welchem der Käufer oder eine andere Person für ihn die thatsächliche Innehabung der Waren erlangt, und nicht der rechtlich hievon verschiedene Zeitpunkt der Vollendung des Traditionsaktes. Wo und wie diese Innehabung erlangt wird, ist gleichgültig; ob die Waren vom Adressaten selbst an sich genommen oder sofort von ihm einem Verkaufskommissionär, einem Spediteur, einem Pfandgläubiger oder sonst einem Dritten zu Handen gestellt werden, macht keinen Unterschied.

Nach einem Erkenntnis des RG. vom 12. März 1883 (VIII. S. 86) wird das Rückforderungsrecht selbst dann ausgeschlossen, wenn der Empfänger die Waren zur Disposition stellt, weil für die Erlangung des Gewahrsams, soweit es hiebei auf das Bewusstsein und den Willen des Inhabers ankommt, jedenfalls keine andere Absicht desselben erforderlich ist, als diejenige, die Sache thatsächlich seiner Macht zu unterwerfen, wogegen es für den Erwerb des Gewahrsams gleichgültig ist, ob der Inhaber die Sache als eigene oder fremde innehaben will.

Die Sache befindet sich daher auch dann im Gewahrsam des Gemeinschuldners, wenn dieser den Besitz nicht für sich, sondern für einen andern ausübt. Hat der Käufer von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht, die Waren in dem für ihn ausgeübten Besitze der Eisenbahnverwaltung zu belassen, indem er dieselben im Einverständnis mit ihr in ihren Räumen lagern lässt, so übt die Güterverwaltung den Gewahrsam für den Käufer aus. RG. v. 9. Nov. 1883 Wenglers Arch. V S. 425.

Die Frage, ob die Waren bereits in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gekommen, ist übrigens nur dann von Bedeutung, wenn diese zur Zeit der Konkurseröffnung überhaupt schon am Ablieferungsorte angekommen waren, denn

wenn die Waren sich noch auf dem Transporte befinden, kommt § 36 RKO., wie schon der Wortlaut des Gesetzes — „und" — ergibt, immer zur Anwendung. Gerade weil man in vielen Fällen sagen kann, derjenige, der den Transport leite z. B. der Fuhrmann, die Eisenbahnverwaltung, übe von einem gewissen Zeitpunkte an den Gewahrsam nicht für den Verkäufer, sondern für den Käufer aus, und es beginne z. B. dessen Besitz in dem Augenblicke, in dem der Verkäufer den Ladeschein oder das Konnossement aus den Händen gegeben, wurde die Fassung der preussischen Konkursordnung geändert. Das Rückforderungsrecht ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein auf Ordre lautendes Konnossement erhalten hat. Dieses verleiht wohl die thatsächliche Verfügungsgewalt, kann aber die Ankunft am Ablieferungsorte und den hier fehlenden Gewahrsam nicht ersetzen. Nur wenn die Waren an dem Orte, an dem sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befinden, dem Käufer selbst oder einem zur Empfangnahme besonders beauftragten Bevollmächtigten desselben übergeben und sodann in deren Auftrage einem Spediteure oder der Eisenbahn ausgeliefert werden, kann der § 36 RKO, keine Anwendung finden, aber nur deshalb, weil dann ein Platzgeschäft vorliegt, bezw. sich das ursprünglich nicht als solches abgeschlossene Geschäft in ein solches verwandelt.

Das Gesetz setzt ausser diesen beiden Momenten ein weiteres nicht voraus, insbesondere nicht, dass die übersendeten Waren in Natur und Beschaffenheit keine Veränderung erlitten haben, oder dass noch die ursprüngliche Verpackung ungeöffnet, die Zeichen nicht verändert sind. Nur muss natürlich die Identität der Waren feststehen. In dieser Hinsicht wird freilich die Praxis viele Schwierigkeiten finden, namentlich da die Lehre des gemeinen Rechtes über Identität der Traditionsobjekte von jeher sehr kontrovers gewesen ist. Meistenteils wird freilich eine Veränderung der Waren, welche

die Feststellung der Identität schwankend macht, zugleich darthun, dass sie bereits in den Gewahrsam des Käufers übergegangen waren.

Liegen die angeführten Voraussetzungen vor, so kann das Rückforderungsrecht geltend gemacht werden und zwar in seinem ganzen Umfange, ohne dass es eine Einschränkung auf den Wert erfährt, der durch den bezahlten Kaufpreis nicht gedeckt ist.

Nach dem Wortlaute des ersten Absatzes des § 36 RKO. möchte es fast scheinen, als habe das Gesetz durch das „kann", welches sich auf den „Verkäufer oder Einkaufskommissionär" bezieht, die Auflösung des Geschäftes in die Willkür dieser Personen stellen wollen; deshalb wurde der Zusatz beigefügt: „Die Bestimmungen des § 15 finden Anwendung", wodurch die Wahl wie bei allen zweiseitigen noch unerfüllten Geschäften dem Konkursverwalter eingeräumt wird.

Es wird auch hier an der Regel festgehalten, dass gültige Verträge durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben werden, und dem Verkäufer nur ausnahmsweise das Recht eingeräumt, die Waren zurückzufordern.

Der § 36 RKO. ist sonach eine Ausnahme von § 21 RKO., welcher lautet:

> „Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht."

Nach diesem Paragraphen würde also der Verkäufer, sofern er nicht auf Grund gesetzlichen oder vertragsmässigen

Vorbehaltes Eigentümer der Ware geblieben ist, die von ihm geleistete Erfüllung nicht rückgängig machen können, sondern müsste sich mit der auf seine Forderung entfallenden Konkursdividende begnügen. Hievon macht nun § 36 RKO. die Ausnahme, dass der Verkäufer — einem Vindikationsberechtigten gleich — stets befugt sein soll, die Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte. Gegenüber diesem an sich begründeten Rückforderungsrechte des Verkäufers, räumt dagegen § 36 Abs. 2 der RKO. dem Konkursverwalter die Befugniss aus § 15 RKO. ein.

§ 15 RKO. setzt fest:

„Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem andern Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teile verlangen.

Der Verwalter muss auf Erfordern des andern Teiles, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen."

Will demgemäss der Konkursverwalter auf der Erfüllung des Kontraktes bestehen, so muss diese vollständig und nach beiden Seiten erfolgen; hinsichtlich seiner Kaufpreisforderung ist dann allerdings der Käufer nicht als Konkursgläubiger, sondern als Massegläubiger gemäss § 52 Ziff. 2 RKO. zu erachten; das Rückforderungsrecht cessiert, ebenso wie ein Vindikationsrecht beseitigt werden würde. Will aber der Verwalter die Erfüllung des Vertrages nicht, so kann der Verkäufer unter Rücknahme der Waren seine kontraktliche Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung anmelden.

Hiebei mag noch erwähnt werden, dass die in Frage stehende Rückforderung eine solche im Sinne des englischen right of stoppage in transitu sein soll, nach der zum Unterschied von der französischen Auffassung, ausser der Rückforderung noch eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden kann.

Die Streitfrage, ob hier das Wahlrecht des § 15 RKO. nur dann zulässig ist, wenn nicht bloss an sich das Rückforderungsrecht begründet ist, sondern auch die Voraussetzungen jener Gesetzesstelle ohne Geltendmachung des Rückforderungsrechtes gegeben sind, ist zweifellos dahin zu lösen, dass eben mit der Geltendmachung des Rückforderungsrechtes auf beiden Seiten entweder die Nichterfüllung oder die nicht vollständige Erfüllung des Vertrages feststeht, so dass § 15 RKO. eigentlich schon ohne besondern Hinweis in § 36 Abs. 2 RKO. zur Anwendung kommen müsste. Wenn hier noch besonders die Anwendbarkeit der ersteren Gesetzesstelle betont wird, so kann dies keine andere Bedeutung haben, als dass in allen Fällen des § 36 RKO., würden auch ohne geltend gemachtes Rückforderungsrecht die Voraussetzungen des § 15 RKO. nicht vorhanden sein, das Wahlrecht der letzteren Gesetzesnorm dem Konkursverwalter zustehen und dass trotz Rückforderungsrechtes des Verkäufers dem Konkursverwalter doch das Wahlrecht aus § 15 RKO. nicht entzogen sein soll. Man könnte nun allerdings sagen, es sei dann vollständig überflüssig, in § 36 RKO. nochmals auf § 15 RKO. hinzuweisen. Allein der Gesetzgeber hielt es zweifellos für angezeigt, zu betonen, dass die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes nicht den Vertrag selbst auflöst, deshalb auch § 15 RKO. zur Anwendung kommen müsse.

Der Konkursverwalter hat hienach auch dann das Recht, die Erfüllung zu verlangen, wenn der Vertrag seitens des Absenders, obgleich die Ware zur Zeit der Konkurseröffnung

noch nicht in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt war, als erfüllt anzusehen ist; denn abgesehen davon, dass das Eigentum durch blossen Vertrag auf den Gemeinschuldner übergegangen sein kann, steht die Uebergabe von Dispositionspapieren der Uebergabe der Güter selbst gleich. Art. 416, 417, 649 HGB.

Was die Kosten betrifft, die durch die Ausübung des Rückforderungsrechtes erwachsen sind, so muss diese, wie in den Motiven hervorgehoben, der Absender selbstverständlich tragen; falls dieselben jedoch durch die Nichterfüllung des Vertrages entstanden, kann er sie im Konkursverfahren anmelden. Um diese Anmeldung nicht auszuschliessen, wurde von Aufnahme einer besonderen Vorschrift abgesehen, welche dem Absender in allgemeiner Weise die Uebernahme der Kosten der Rücksendung auferlegt hätte. Entscheidet sich der Verwalter für die Erfüllung, so fallen die Beförderungskosten, falls solche überhaupt noch entstehen, demjenigen Teile zur Last, dem ihre Uebernahme nach dem Vertrage obliegt, regelmässig also der Konkursmasse. Sie bilden ebenso eine Masseschuld, wie der Kaufpreis selbst. § 52, 2 RKO.

Sind durch das Anhalten der Waren oder durch deren einstweilige Unterbringung besondere Kosten entstanden, so muss dieselben der Absender tragen, in dessen Interesse diese Kosten aufgewendet werden mussten. Nur soweit diese Kosten dadurch veranlasst oder vergrössert worden sind, dass der Verwalter seine Erklärung über die Erfüllung ungebührlich verzögert hat, kann der Absender nach § 52, Ziff. 1 RKO. mittels einer Masseforderung Ersatz dieser Kosten verlangen.

Hat der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung eine Teilzahlung auf den Kaufpreis geleistet, so ist diese natürlich bei der Frage, ob Entschädigung wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, zu berücksichtigen. Ein Recht des Verwalters, nach Verzicht auf die Erfüllung eine vom Gemeinschuldner bereits geleistete Teilzahlung zurück-

zufordern und zur Masse zu ziehen, besteht nicht; denn der Kaufvertrag wird in seinem fortdauernden Rechtsbestande durch den Verzicht des Verwalters nicht betroffen, und es kann daher weder der Gemeinschuldner noch der Verwalter einen solchen Anspruch erheben. Der Verzicht wirkt für, aber auch gegen die Masse.

In der Reichskonkursordnung ist über die Stellung von Dritten, welche in den Besitz von zurückzufordernden Sachen gelangt sind oder andere Rechte an denselben erworben haben, nichts gesagt, was nach den Motiven damit gerechtfertigt wird, dass eine derartige Frage für das Konkursrecht nicht mehr in Betracht kommen könne, da hierüber lediglich noch das Civilrecht zu entscheiden habe.

Wenn früher derartige Bestimmungen bestanden haben, so hat denselben die damals hergebrachte kaufmännische Auffassung zu Grunde gelegen, dass Ausantwortung eines indossierten Konnossements oder Frachtbriefes an den Erwerber die Stelle einer wirklichen Uebergabe des Gutes einnehme; jetzt dagegen ist die Lage durch das Handelsgesetzbuch eine andere geworden. Nach diesem ist der Frachtbrief nichts als Beweisurkunde (Art. 391, 392 HGB.). Verpflichtungsurkunde ist lediglich der Ladeschein und das Konnossement (Art. 413 fg., 644 fg. HGB.) und ausdrücklich erklärt das Handelsgesetzbuch nur die Uebergabe eines an Ordre lautenden Konnossements an denjenigen, welcher durch dasselbe zur Empfangnahme der Güter legitimiert wird, für gleichbedeutend mit der Uebergabe der Güter, sofern und sobald diese wirklich abgeladen sind (Art. 649 HGB.).

Vor allem ist hiebei zu unterscheiden, von wem der Dritte sein Recht erworben hat. War es der Konkursverwalter, welcher die noch auf dem Transport befindliche Ware an einen andern verkauft oder verpfändet hat, so erledigt sich die Frage einfach dahin, dass darin schon eine Erklärung des Verwalters gelegen erscheint, er wolle Namens der

Masse das Geschäft erfüllt wissen. Der Verkäufer hat dann überhaupt kein Rückforderungsrecht; die Rechte des Dritten berühren ihn nicht.

Hat dagegen der Gemeinschuldner selbst vor der Konkurseröffnung die Waren weiter veräussert, so wird hiedurch das Rückforderungsrecht an sich nicht betroffen. Dasselbe kann vielmehr, so lange sich die Ware noch im Besitze des Konkursverwalters befindet, ungeachtet der stattgehabten Veräusserung ebenso geltend gemacht werden, als ob diese nicht erfolgt wäre. Der Konkursverwalter kann durch diese Veräusserung und die im Falle der Nichterfüllung begründete Entschädigungsforderung des Käufers bestimmt werden, dem Absender gegenüber den Kaufvertrag zu erfüllen und dadurch dessen Rückforderungsrecht zu beseitigen. Thut er dies nicht, so muss er die Ware dem Verkäufer zurückgeben und es dem Dritten überlassen, ob dieser etwa auf Grund der Transporturkunden Eigentumsrechte gegen den Verkäufer geltend machen kann.

Andernfalls, wenn der Dritte sich schon im Besitze der Waren befindet, ist es Sache des Verkäufers seine Vindikation gegen diesen zu richten.

War aber die Ware überhaupt noch nicht an dem Ablieferungsorte angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn gelangt, der Gemeinschuldner hatte jedoch bereits die Ware weiter veräussert oder verpfändet, oder aber war dem Gemeinschuldner bereits die Ausübung des Rückforderungsrechtes bekannt, als er weiter verfügte, so kommt es lediglich darauf an, inwieweit nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen der Erwerber, sei es überhaupt, sei es, falls er in gutem Glauben war, im Eigentume oder Pfandrecht geschützt wird, obwohl derjenige, der an ihn verkauft oder verpfändet hat, Nichteigentümer war. Hier wird nun im ersten Falle, dass über „auf dem Transport befindliche“ Waren verfügt war, das

Rückforderungsrecht in der Regel Platz greifen, da unter diesen Voraussetzungen der Dritte den Besitz nicht erlangt hat. Anders im zweiten Falle. War dem Erwerber die Sachlage bekannt, so wird er sich der Verpflichtung zur Herausgabe der Waren nicht entziehen können; nur der gutgläubige Erwerber wird eine wirksame Einrede gegenüber dem Rückforderungsrechte machen können.

Die Aussonderungsansprüche und die darauf bezüglichen Klagen sind in allen Fällen gegen den Verwalter zu richten, da dieser die Konkursmasse zu verwalten und zunächst darüber zu verfügen hat, was zu derselben gehört.

Welche Gegenforderungen des Gemeinschuldners der Verwalter geltend machen und ob derselbe bis zur Befriedigung dieser Forderungen die Herausgabe des Aussonderungsgegenstandes verweigern kann, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen.

Eine theoretische Begründung des Rückforderungsrechtes des § 36 RKO. wollte man darauf stützen, dass die Aussonderung in diesem Falle infolge des dem Verkäufer kraft gesetzlicher Fiktion zustehenden Eigentumsrechtes geltend gemacht werde. Indes weder der Wortlaut des § 36 RKO. berechtigt zu einer derartigen Annahme, da er zur Geltendmachung des Aussonderungsrechtes keineswegs Eigentum voraussetzt, noch ergibt sich eine solche aus dem Grund des Gesetzes, durch das dem Absender nur die Möglichkeit verschafft werden soll, sich durch Zurückhaltung der Waren diese selbst oder den Kaufpreis zu sichern.

Durch die reichsrechtliche Fixierung des Verfolgungsrechtes in § 36 Reichskonkursordnung, hat die rechtsgeschichtliche Entwicklung desselben für Deutschland wenigstens einen vorläufigen Abschluss erhalten. Dass das Verfolgungsrecht sich in solcher Weise entwickelt hat und dasselbe für den Handelsverkehr ein derart bedeutungsvolles Institut ge-

worden, haben wir nicht zum wenigsten dem Einflusse fremder Rechte zu verdanken und wir wollen hoffen und wünschen, dass unsere Gesetzgebung auch für die Folge stets getreu bleibt dem Grundsatz:

„Wir nehmen das Gute, wo wir es finden."

---

## Litteratur.

Dernburg, Pandekten.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes.
Endemann, Handelsrecht.
Fuchsberger, Handelsrecht.
Goldschmitt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. IV, VIII u. IX.
Goldschmitt, Handelsrecht.
Selim, Uebersicht der englischen Rechtspflege.
Späing, französisches und englisches Handelsrecht.
Voigt, neues Archiv für Handelsrecht, Bd. III u. IV.
Eisenlohr, handelsrechtliche Betrachtung des Verfolgungsrechtes.
Goldtammer, Kommentar zur preussischen Konkursordnung.
Hahn, Materialien zur Konkursordnung.
Oetker, das Verfolgungsrecht.
Hullmann, Konkursordnung.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes.
Meisner, Konkursordnung.
Petersen & Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung.
v. Völderndorff, Konkursordnung.
Willenbücher, Reichskonkursordnung.
v. Wilmowski, deutsche Reichskonkursordnung.
Schönberg, Handbuch der politischen Oekonomie.
Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie.
Preussisches Landrecht.
Entscheidungen des Reichsgerichtes.
Seuffert's Archiv für civilistische Praxis.
Code de commerce.

---